

PROCESSO - A. I. Nº 123433.0165/07-3
RECORRENTE - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JFJ nº 0103-02/08
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 26/08/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0278-11/08

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À MERCADORIA ACEITA PARA ENTREGA SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter aceitado para entrega, via serviço postal, mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JFJ que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 26/12/07, no trânsito de mercadorias, exigindo o ICMS no valor de R\$324,87 acrescido da multa de 100%, referente ao transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 146708, de 18/12/07 lavrado e acostado à fl. 03 dos autos.

Em sua defesa, fls. 09 a 31, o autuado inicia por demonstrar entender que está amparado pela imunidade tributária recíproca, para o que cita extensa narrativa, da qual extrai-se pretender nulidade do auto por inobservância das regras do Protocolo ICM 23/88, ilegitimidade do lançamento com fulcro na Lei nº 6538/78, por conta da propriedade das mercadorias transitadas pela ECT, existência de imunidade recíproca nos termos do art. 173 da CF/88, e finalmente a inexistência de responsabilidade solidária, acusada de conformidade ao art. 6º, III, “d” da Lei nº 7014/96.

A agente fiscal em sua informação (fls. 48 a 59), inicialmente transcreve trabalho efetuado por fiscais da IFMT-METRO, apresentado em curso de pós-graduação, o qual referencia a responsabilidade da EBCT em relação às mercadorias que transporta. Sustenta a exigência em questão, argumentando e citando legislação aplicável à ocorrência.

A JFJ decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS por responsabilidade solidária da ECT, pelo fato de terem sido encontradas mercadorias em suas dependências sem documento fiscal.

Inicialmente afastado a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão estão revestidos das formalidades legais, inclusive em relação ao § 1º, da Cláusula Segunda, do Protocolo ICM 23/88. De igual modo não pode ser acolhida a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que a responsabilidade por solidariedade encontra-se disciplinada na legislação do ICMS, sendo no RICMS/97 tratada no artigo 39. Também não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

Em relação à argüição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

No presente caso, o que está em discussão não é a imunidade tributária ou o imposto sobre serviço de transporte, pois o Auto de Infração teve por objetivo exigir o ICMS por responsabilidade solidária, do autuado que transportava ou detinha mercadoria sem nota fiscal.

Por sua vez, a Lei nº 6.538/78, citada diversas vezes pela defesa, que disciplina a prestação de serviço postal, estabelece o seguinte:

“Art 10 - Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;

Parágrafo único - nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.”

Cabe enfatizar que o Conselho de Fazenda Estadual, através das Juntas e Câmaras de Julgamento fiscal, nos julgamentos dos litígios decorrentes de lançamento tributário, tem firmado o entendimento que a ECT é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, assim como qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação exigível ou com documentação fiscal inidônea.

O RICMS/97, invocando as determinações contidas no art. 6º da Lei nº 7.014/96, nos casos de responsabilidade por solidariedade, respaldado no art. 5º da Lei Complementar nº 87/96, expressa:

“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

[...]

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.”

Portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, face à regra insculpida no inciso V do artigo 39 do RICMS/97 acima transcrito.

Diante do exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA da autuação.”

Na apresentação de Recurso Voluntário à Decisão, advogados prepostos do recorrente reportaram-se a decisões da Justiça Federal em dois Estados da Federação (Ceará e Rio Grande Sul) que se pronunciaram contrários à existência da relação jurídica que obrigue a ECT a efetuar o recolhimento do ICMS sobre os serviços postais e à jurisprudência administrativa.

Como exemplos, citou que o setor consultivo da Inspetoria Geral de Tributação, da Coordenação da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, respondendo à Consulta nº 195/92, concluiu que os serviços postais não são alcançados pela incidência do ICMS. Ainda no Estado do Paraná, o Pleno do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, apreciando o Auto de Infração nº 01.3685761-4, lavrado contra a ECT, proferiu o Acórdão nº 283/94, afirmando que os

serviços postais prestados pela referida empresa não se confundem com serviços de transporte de cargas, estando fora do campo de incidência do ICMS.

O recorrente indicou que a configuração da incidência tributária exige exata adequação do fato à norma. Reproduziu comentários de Eduardo Marcial Ferreira Jardim acerca do princípio da tipicidade.

Requer seja acolhida a preliminar argüida, para ser tornado sem efeito o Auto de Infração ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito seja o mesmo julgado improcedente, com a desconstituição da multa aplicada, ante a sua impossibilidade legal e, ainda, por ser o impugnante ente integrante da Administração Pública e assim, imune ao lançamento do imposto ou inscrição de qualquer multa em dívida ativa, conforme expresso em lei recepcionada pela Carta Magna.

Conclui transcrevendo art. 11 da Lei nº 6.538/78, para reafirmar que sendo os sujeitos da relação tributária em questão, o Estado da Bahia e o destinatário e/ou o remetente do Sedex, não há como se considerar a ECT como responsável tributária na presente demanda.

A PGE/PROFIS, em Parecer elaborado pela ilustre procuradora Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, opina pelo conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, frente às questões a seguir enfocadas;

Os Estados convenientes, dentre os quais a Bahia, pelo Protocolo ICMS 32/01 estabeleceram novas regras para a fiscalização das mercadorias transportadas pela ECT, com expressa denúncia do Protocolo anterior ICM 23/88, no qual se assenta a argumentação do autuado. E à luz do Protocolo vigente não houve desprezo a qualquer formalidade essencial, pelo que deve ser afastada a preliminar de nulidade aventada pelo sujeito passivo;

Quanto ao invocado art. 11 da Lei nº 6538/78, ressalta a ilustre procuradora não haver discussão em torno de quem seja o proprietário dos objetos transportados pela ECT, pois a responsabilidade tributária decorre da condição de transportadora, à qual se impõem determinados deveres e obrigações. Aduz que o Protocolo ICMS 32/01 que denunciou o Protocolo ICM 23/88, prevê que *“as unidades federadas deverão exigir que a ECT faça o transporte de mercadorias e bens acompanhados de: I- nota fiscal modelo 1 ou I-A: II- manifesto de carga: III- conhecimento de transporte de cargas”*. E que tais normas, conjugadas com aquelas constantes do CTN, da lei instituidora do ICMS em seu regulamento, cuidam especificamente da existência de responsabilidade solidária da ECT, constituindo assim inequivocadamente a base na qual assenta-se a legitimidade passiva do recorrente.

A natureza jurídica de empresa pública, segundo o art. 173 da CF/88 é equiparada a de empresas privadas no que tange ao regime jurídico e aos privilégios fiscais. Conclui a i. procuradora que da análise dos textos legais citados, as empresas públicas em razão de sua natureza equiparada a das empresas privadas, não possuem privilégios de quaisquer espécies, portanto fora da imunidade tributária consagrada na Lei Maior. Destaca que o citado art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, em virtude da sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes, não foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor.

Passando à responsabilidade solidária, salienta a ilustre procuradora não entender equiparar a ECT às empresas transportadoras, porquanto conforme art. 7º da Lei nº 6538/78 (Lei Postal), especifica a prestação de serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas. Assim, no transporte de mercadorias sujeita-se às mesmas regras que disciplinam as atividades de transportadores, de forma que se referidas mercadorias seguirem desacompanhadas de nota fiscal, ou com nota fiscal inidônea, a Lei Complementar nº 87/96 (art. 5º) a responsabiliza pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte originário. Cita também o inciso IV do art. 6º da Lei do ICMS, no qual vai além e atribui responsabilidade tributária a qualquer pessoa, física ou jurídica, que detiver em seu poder mercadorias para entrega desacompanhadas de nota fiscal, ou com nota fiscal inidônea.

VOTO

Preliminarmente afasto o pedido suscitado pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Termo de Apreensão à fl. 03, lastreia a autuação, atende às formalidades requeridas pelo Protocolo ICM 23/88 (citado pelo autuado, porém já revogado pelo Protocolo ICMS 32/01), realçando que durante a ação fiscal das vias do referido termo, uma foi entregue à ECT, permitindo-lhe conhecimento formal da ocorrência. Não obstante destaco ainda não se incluir na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

De forma oposta à afirmativa do autuado, consta do citado Termo de Apreensão a identificação do remetente e do destinatário das mercadorias objeto da autuação, as quais consistiram de 15 bolsas de modelos diversos, sendo atribuída a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto à ECT, dado terem sido encontradas essas mercadorias em suas dependências, desacompanhadas de documento fiscal, com fundamento no art. 201, I, combinado com o art. 39, I, “d”, do RICMS/97, descabendo a arguição de nulidade por ter sido identificada a ECT como autuado e não o remetente e/ou o destinatário.

O impugnante argumentou gozar da imunidade prevista no artigo 150, VI da Constituição Federal de 1988 e que, desta forma, não poderia ter sido apontado como sujeito passivo da relação tributária. Destaco que a alegada imunidade do sujeito passivo, diz respeito tão-somente à vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos tributantes e somente é extensiva às suas autarquias e fundações.

Restam, assim, afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo recorrente, considerando, ademais, que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, estando fundamentada no Termo de Apreensão, que embasou a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Destaque-se que o recorrente, no exercício do seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Não possível de acolhimento o requerimento do autuado baseado no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, para cancelamento da multa aplicada, considerando que esse dispositivo legal se refere aos casos de atribuição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória que não impliquem em falta de pagamento do ICMS, que não é o fulcro do caso em tela.

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pela autuante, o qual caracteriza a infração de forma detalhada.

Observo que a ECT não é autarquia, nem fundação, e sim, uma empresa pública. E, assim sendo, após a Constituição Federal de 1988, está sujeita às mesmas regras das empresas privadas, tanto em relação ao regime jurídico em que deve ser constituída, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, ao arrimo do art. 173, § 1º da Constituição Federal.

A Lei nº 7.014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária.

O Estado da Bahia, juntamente com as demais unidades da Federação, firmou o Protocolo ICM 23/88 e os Protocolos ICMS 15/95 e 32/01, sendo que este último revogou os anteriores.

O entendimento deste CONSEF é de que, embora a prestação de serviços postais não possa ser confundida com o serviço de transporte de carga, no presente Auto de Infração não se está a exigir o ICMS sobre tais serviços postais. O lançamento tributário atribui à ECT a condição de responsável por solidariedade, exigindo o pagamento do imposto, pelo fato de a encomenda, estar sendo transportada desacompanhada da documentação fiscal correspondente.

O RICMS/97 trata das determinações contidas no art. 39, I, “d”, V, §3º e §4º, para os casos de responsabilidade por solidariedade. E o art. 410-A do Regulamento estabelece as rotinas a serem seguidas pela fiscalização estadual na verificação das remessas postais, inclusive pela ECT.

Concluo, portanto, mesmo que o autuado não pudesse ser considerado transportador, estaria obrigado ao pagamento do imposto, em razão de responsabilidade solidária, em face da regra insculpida no inciso V do artigo 39 do RICMS/97, acima transcrito.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 123433.0165/07-3, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$324,87**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS